Sygn. akt: KIO 3415/23

WYROK

z dnia 30 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Joanna Gawdzik-Zawalska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 listopada 2023 r. przez wykonawcę:

Orange Polska S.A. w Warszawie

ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

PGE Systemy S.A. w Warszawie,

przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia:

Polkomtel sp. z o.o. (ul. Konstruktorska 4, 02-673 Warszawa)

zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie**
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i zalicza w ich poczet poniesione przez odwołującego kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu oraz 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i art. 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……..

UASADNIENIE

PGE Systemy S.A. w Warszawie (dalej również: Zamawiający) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) (dalej również: Ustawa lub Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie sektorowych negocjacji z ogłoszeniem na: „Wdrożenie i świadczenie usług wirtualnego operatora sieci komórkowej (MVNO) w PGE Systemy S.A. w zakresie telemetrii (M2M)" (dalej również: Postepowanie). Warunki, zasady prowadzenia Postępowania oraz przedmiot zamówienia opisuje specyfikacja warunków zamówienia (dalej również: SWZ)

W dniu 13 listopada 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie wykonawcy Orange Polska S.A. w Warszawie ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w Postępowaniu (dalej również: Odwołujący lub Wykonawca), które Zamawiający udostępnił wykonawcom 14 listopada 2023 r.

W dniu 16 listopada 2023 r. do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił ubiegający się o udzielenie zamówienia wykonawca Polkomtel sp. z o.o. (ul. Konstruktorska 4, 02-673 Warszawa) (dalej również: Przystępujący lub Polkomtel), którego oferta została wybrana i oceniona jako najkorzystniejsza. Izba, wobec stwierdzenia spełnienia przesłanek określonych art. 525 Ustawy, uznała skuteczność zgłoszenia przystąpienia po stronie zamawiającego.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności lub zaniechań Zamawiającego zarzucając mu naruszenie Pzp poprzez:

1. Zaniechanie odrzucenia oferty Polkomtel, który w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 224 ust. 1 Pzp, nie udzielił wyjaśnień i / lub złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, z uwagi na fakt, że w wezwaniu Zamawiający żądał m.in., aby: wyjaśnienia i dowody Wykonawcy odnosiły się szczegółowo do następujących pozycji w Arkuszu cenowym Wykonawcy (Załącznik nr 4 do SWZ):

- cena zakupu kart USIM (w zakresie zamówienia podstawowego), lp. 2 arkusza cenowego,
- cena zakupu dodatkowych kart USIM (w zakresie zamówienia opcjonalnego), lp. 5 arkusza cenowego,
- roboczodzień pracy konsultanta (w zakresie zamówienia opcjonalnego), lp. 6 arkusza cenowego,

w tym poprzez wykazanie, że ceny zaoferowane w tych pozycjach są cenami realnymi, rynkowymi, wiarygodnymi i adekwatnymi do zakresu kosztów i prac, a w przypadku ceny roboczodnia pracy konsultanta również, że zaoferowana cena jest zgodna z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie, podczas gdy Polkomtel, w opisanym wyżej zakresie, nie udzielił

wyjaśnień i / lub złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, co stanowi naruszenie art. 224 ust. 6 Pzp;

2. Zaniechanie odrzucenia oferty Polkomtel jako oferty: której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako uznk), niezgodnej z warunkami zamówienia, oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny lub kosztu, ze względu na to, że Polkomtel w ofercie przerzucił koszty kart USIM objętych prawem opcji do kosztów i wyceny zamówienia podstawowego, niezależnie od tego, czy Zamawiający skorzysta z prawa opcji, co stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5), 7) i 10) Pzp;

3. Zaniechanie odrzucenia oferty Polkomtel jako niezgodnej z przepisami ustawy z uwagi na złożenie przez Polkomtel oferty, w której wartość kosztów pracy przyjęta do ustalenia ceny jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, ponieważ Polkomtel zaoferował cenę za roboczodzień pracy konsultanta obejmujący 8 godzin (zgodnie z definicją zawartą w opisie przedmiotu zamówienia) w wysokości 100 zł netto, podczas gdy uwzględnienie minimalnej stawki godzinowej lub minimalnego wynagrodzenia za pracę skutkuje powstaniem kosztu pracy przewyższającego 100 zł netto, co stanowi naruszenie art. 224 ust. 3 pkt 4) w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 3) Pzp i jest niezgodne z przepisami ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

W związku z zarzutami odwołania Wykonawca wnosił o nakazanie Zamawiającemu: Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; Odrzucenia oferty złożonej przez Polkomtel z przyczyn opisanych wyżej w zarzutach; Dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem oferty odrzuconej.

Zamawiający pismem z dnia 22 listopada 2023 r. uwzględnił odwołanie w całości.

Przystępujący pismem z dnia 27 listopada 2023 r. w trybie art. 523 Pzp wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów wnosząc o ich oddalenie.

Odwołujący wnosił o dopuszczenie dowodu z dokumentacji Postępowania, w szczególności SWZ, oferty Polkomtel (formularza cenowego) oraz wezwania i wyjaśnień Polkomtel rażąco niskiej ceny.

Przystępujący wnosił dodatkowo o dopuszczenie dowodu w postaci kopii dokumentacji z postępowania B2 prowadzonego równolegle z Postępowaniem przez podmiot z tej samej grupy kapitałowej co Zamawiający tj. PG Dystrybucja S.A. nr POST/DYS/OSK/LZA/04498/2023 na okoliczność cen w innych postępowaniach tj. tego, że w inn postępowaniach, cena oferty Orange za dostawę kart SIM jest zbliżona (a nawet niższa) od ceny Polkomt zaproponowanej w tym postępowaniu tj. tutaj zaoferowana przez Polkomtel cena za utrzymanie kart SIM wyniosła 10 g zaś cena Orange wynosiła 13 gr. i co dodatkowo istotne, w tej opłacie w postępowania B2B wkalkulowane musiały by koszty:- a.utrzymania i pojemności systemów dla określonej ilości kart SIM, b.numeracji (koszt 2 do 5 groszy miesięczn per SIM), c.warsztaty, d.konsultanci obsługujący umowę/wsparcie techniczne, e. dostawa kart SIM (tzw. plastik) oraz f.świadczenie usług telekomunikacji w zakresie usługi data o wolumenie 3 razy większym niż w niniejszym postępowaniu (wolumen 3GB miesięcznie per karta SIM vs 1GB miesięcznie per karta SIM) oraz, że rzeczywisty koszt dostawy kart SIM jest spójny z ofertą Orange złożoną w równoległym postępowaniu B2B oraz ofertą Polkomtel złożoną w niniejszym postępowaniu i w konsekwencji wskazać należy, że Orange zawyżył koszt dostawy kart SIM w ramach niniejszego postępowania. Izba dopuściła dowód lecz pominęła jako nieistotny dla rozstrzygnięcia również wobec niekwestionowania przez Odwołującego realności ceny ofertowej Polkomtel, w tym w zakresie cen kart Sim.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy. Izba uznała również, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy. Izba stwierdziła skuteczność złożenia sprzeciwu przez Przystępującego wobec uwzględnienia odwołania.

Mając na uwadze zebrany w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika Izba oddaliła odwołanie. Ustalając stan faktyczny Izba dopuściła dowody wnioskowane przez strony i uczestnika - oparła się na dokumentacji Postępowania, w tym wnioskowanych dokumentach, z zastrzeżeniem dokumentu z postępowania B2B, o czym wyżej.

.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że w niniejszej sprawie stan faktyczny Postępowania nie był sporny. Sporna była ocena treści złożonych przez Polkomtel wyjaśnień rażąco niskiej ceny w świetle postanowień SWZ i Ustawy oraz treści wezwania do ich złożenia.

Izba ustaliła, że Odwołujący nie kwestionował ceny ofertowej Polkomtel ani poszczególnych jej składowych co do wysokości.

W zakresie zarzutu pierwszego Odwołujący wskazywał, że wyjaśnienia zostały sporządzone na dużym poziomie ogólności i lakonicznie i nie wykazują skąd różnica pomiędzy ceną ofertową a wartością szacunkową zamówienia określoną przez Zamawiającego. Podkreślał zaniechanie wyceny całego przedmiotu zamówienia na poparcie czego wskazywał, że „W pkt 14 wyjaśnień ceny (strona 12 - strony nienumerowane) Polkomtel podkreśla, że istotne jest, że w Postępowaniu mamy do czynienia wyłącznie z zakupem usług. Taka ocena jest niezgodna z opisem przedmiotu

zamówienia zawartym w SWZ pkt 4, załączniku nr 1 do SWZ - Opis przedmiotu zamówienia, w załączniku nr 2 do SWZ - Projektowanych postanowieniach umowy.- Podkreślenie przez Polkomtel w złożonych wyjaśnieniach, że przedmiotem zamówienie jest wyłącznie świadczenie usług, świadczy o zaniechaniu zapoznania się przez Polkomtel z wymaganiami Zamawiającego w celu wyceny składanej." Zaznaczał wymaganą przepisami kodeksu cywilnego podwyższoną staranność jakiej zaniechał Polkomtel udzielając wyjaśnień.

Wskazywał, że Zamawiający dał wyraz w wezwaniu wątpliwości, co do konkretnych pozycji cenowych, które składają się na cenę całkowitą oferty Wykonawcy, które zostały wskazane w pkt 3 wezwania i nakładały na Przystępującego obowiązek wykazania, że ceny zaoferowane w tych pozycjach są cenami realnymi, rynkowymi, wiarygodnymi i adekwatnymi do zakresu kosztów i prac, a w przypadku pozycji w roboczodzień pracy konsultanta również, że zaoferowana cena jest zgodna z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie. Odwołujący nie kwestionował samej ceny jako rażąco niskiej, lecz brak wykazania w wyjaśnieniach, że taką nie jest, w zakresie zakwestionowanych pozycji.

Kwestionował prawidłowość potrzeby łącznego omówienia cen dostawy i zakupu kart dla zamówienia podstawowego i opcji oraz zasadność alokacji kosztów zarezerwowania 1,25 mln kart USIM u producenta oraz pojemności dla tych 1,25 mln kart SIM na początku kontraktu, co pozwoliło Polkomtel na zaproponowanie atrakcyjnej ceny zakupu 1 karty USIM dla Zamawiającego w czasie trwania zamówienia, która pokrywać ma koszty logistyki, plastiku, różnic w kursie wymiany euro/PLN a także stosowania tej samej ceny jednostkowej dla każdej karty USIM niezależnie od ilości aktywnych kart USIM w systemach.

Odwołanie opierało się na założeniu wynikającego z treści wezwania obowiązku Przystępującego wskazania, jaki jest koszt zakupu kart USIM oraz przedstawienia w tym zakresie dowodu, czego ten zaniechał, w czym Odwołujący widział podstawę odrzucenia oferty w oparciu o normę art. 224 ust. 6 Pzp.

Odwołujący, co do ceny roboczodnia pracy konsultanta oparł zarzut na założeniu konieczności skalkulowania kosztu zawsze z uwzględnieniem 8 godzin pracy konsultanta na rzecz Zamawiającego w danym roboczodniu, kwestionując dopuszczalność kalkulacji ceny również z wyrażonym w wyjaśnieniach planem wykonywania prac na rzecz Zamawiającego w trakcie służbowych obowiązków przy okazji innych prac zleconych przez pracodawcę i bez potrzeby zatrudniania dodatkowych zasobów (konsultantów spoza Polkomtel), którzy byliby dedykowani wyłącznie do realizacji przedmiotu zamówienia. To założenie prowadziło do konstatacji, że koszt roboczodnia konsultanta Polkomtel po podzielenie przez 8 godzin pracy daje stawkę poniżej wynagrodzenia minimalnego za godzinę pracy co stanowi naruszenie odrębnych przepisów i podstawę zarzutu naruszenia art. 224 ust. 3 pkt 4) w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 3) Pzp i jest niezgodne z przepisami ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę Dodatkowo Odwołujący zarzucał tutaj, dla uzasadnienia naruszenia art. 224 ust. 6 nieudzielenie odpowiedzi na pytanie Zamawiającego jaki jest koszt roboczogodziny pracy konsultanta oraz nieprzedstawienie dowodu na to.

Odwołujący podkreślał brak odniesienia się Polkomtel szczegółowo do każdej z trzech pozycji cenowych formularza cenowego. Wskazywał, że norma art. 224 ust. 6 Pzp jest podstawą do uznania, że oferta jest ofertą z rażąco niską ceną nie wtedy, gdy taka rażąca cena rzeczywiście wystąpiła, lecz z powodu braku złożenia wymaganych wyjaśnień w tym zakresie, a także stwierdzenia, że złożone przez wykonawcę wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. Przepis ten jest więc w swojej regulacji bardziej kategoryczny, jeśli chodzi o obowiązek udowodnienia przez wykonawcę braku zaistnienia ceny rażąco niskiej i konsekwencje owego braku uzasadnienia danego poziomu ceny niż art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r., który odnosił się do dokonanej przez zamawiającego oceny („Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia") . Podkreślał, że w momencie sformułowania wezwania do złożenia wyjaśnień ceny powstaje domniemanie rażąco niskiej ceny oferty tego wykonawcy, a zadaniem tego wykonawcy jest obalenie tego domniemania przy uwzględnieniu wątpliwości zasygnalizowanych przez zamawiającego. To na wykonawcy ciąży obowiązek przekonania zamawiającego, że zaoferowana przez niego cena jest wystarczająca dla zrealizowania przedmiotu zamówienia.

W zakresie zarzutu drugiego – naruszenia uznk Odwołujący wskazywał, że jego podstawą jest sposób przyjętej kalkulacji ceny Polkomtel. Zarzut sprowadzał się do stwierdzenia, że opisana w wyjaśnieniach alokacja części kosztów rezerwacji związanej z zapewnieniem1.25 mln kart USIM w zamówieniu podstawowym stanowi nieuprawnioną manipulację ceną stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji. Podnosił ,że tabela z wyjaśnień, w której w wierszu trzecim (3) Polkomtel zawarł informację o kosztach dotyczących zakupu licencji na zapewnienie pojemności dla kart USIM na platformie MVNO, łącza, klucze szyfrujące, zakup kart USIM, w tym kart USIM objętych prawem opcji w wysokości, która stanowi zastrzeżoną tajemnicę przedsiębiorstwa jest łączna dla kart USDIM zamówienia podstawowego i opcji a więc Polkomtel przedstawił łączne koszty dla połączonych w grupę różnych kosztów, w tym kosztów zakupu kart USIM w pozycji trzeciej „zakupy" i tym samym główny koszt ponoszony przez Polkomtel z tego tytułu (cena karty USIM) i ryzyko

został alokowany - czyli przerzucony - do kosztów zamówienia podstawowego (koszty wdrożenia), bowiem - w ocenie Polkomtel - powstaje on na początku realizacji kontraktu niezależnie od tego, czy dojdzie później do fizycznego zamówienia tych kart USIM przez Zamawiającego. W ocenie Odwołującego „Takie zachowanie niewątpliwie jest niezgodne z prawem, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, naruszający m.in. zasadę lojalności wobec kontrahenta. Orzecznictwo potwierdza również, że takie manipulowanie ceną jest sprzeczne z dobrymi obyczajami i zagraża interesom rzetelnych wykonawców, a także zamawiających. Zaproponowany przez Polkomtel sposób powoduje, że mamy do czynienia jedynie z iluzorycznym prawem opcji. Niezależnie od tego czy Zamawiający skorzysta z prawa opcji w zakresie zakupu kart USIM czy nie, będzie musiał za nie zapłacić. De facto Zamawiający płaci za karty, których może w ogóle nie zakupić. Wszystkie (albo przynajmniej sporą część) koszty i ryzyka związane z prawem opcji zostają pokryte przez Zamawiającego niezależnie od tego czy w ogóle zdecyduje się na skorzystanie z tego prawa i w jakim zakresie. Ponadto należy zwrócić uwagę, że zwiększa to płynność finansową Polkomtel, który już przy płatności za zamówienia podstawowe uzyska również zapłatę za opcję." Podkreślał niedopuszczalność przerzucanie kosztów pomiędzy zamówieniem podstawowym a prawem opcji - zamówieniem opcyjnym i kwestionował uzasadnienie alokacji przedstawione przez Przystępującego jako niewelację ryzyk: „ryzyko, że Zamawiający nie skorzysta z prawa opcji narażając wykonawcę na koszty - ryzyko to jest istotą prawa opcji; gdyby Zamawiający wiedział od początku czy będzie chciał zrealizować daną usługę/dostawę to nie byłoby to przedmiotem opcji, a zamówienia podstawowego; ryzyko niedostępności produktów - jest oczywiście ryzykiem związanym z prawem opcji, ale także np. z zamówieniami ramowymi oraz ze zwykłymi zamówieniami, co do których dostawa jest odroczona w czasie; ryzyko kar umownych, niedotrzymania terminu dostaw czy ryzyko zmiany cen oraz kursów walut - są to ryzyka, które pojawiają się przy każdym zamówieniu, nie tylko tych objętych opcją." Wskazywał, że sam te ryzyka uwzględnił ale nie przerzucał ich na Zamawiającego „zmuszając go do zapłaty za prawo opcji przy zapłacie za podstawowy zakres zamówienia, gdy możliwe jest, że Zamawiający w ogóle nie skorzysta z tej opcji - co jest przecież istotą prawa opcji."

Opisana alokacja stanowiła wg Odwołującego manipulację cenową bowiem „złożenie oferty, zawierającej np. fikcyjne ceny jednostkowe stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 uznk. Podobnie czyn nieuczciwej konkurencji stanowi oferta, w której następuje przerzucenie faktycznych kosztów pomiędzy cenami jednostkowymi będącymi składnikami ceny stanowiącymi podstawę ustalenia wynagrodzenia wykonawcy, tj. gdy koszty realne ponoszone faktycznie w jednej pozycji są przenoszone do innej pozycji."

W zakresie zarzutu trzeciego Odwołujący wskazywał, że powyżej opisana alokacja będąca w istocie manipulacją ceną powoduje niezgodność oferty z warunkami zamówienia, zgodnie bowiem z pkt 1.5.1. opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ - liczba dodatkowych kart USIM (750.000 sztuk) wskazana w Formularzu cenowym w wierszu 5, jest liczbą maksymalną kart, jakie może zakupić Zamawiający. Przy tym Wykonawca otrzyma wynagrodzenie za faktyczną liczbę dostarczonych kart USIM, zgodnie z Projektowanymi postanowieniami umowy pkt 8.4.a „przerzucenie przez Polkomtel kosztów związanych z zakupem kart USIM w ramach prawa opcji do ceny za zamówienie podstawowe powoduje, że Polkomtel zapewnia sobie płatność za sprzedaż kart USIM, co jest przedmiotem opcji, niezależnie od tego, czy do takiej sprzedaży Zamawiającemu faktycznie dojdzie. Tak skalkulowana oferta jest więc wprost sprzeczna z przytoczonym powyżej postanowieniem 8.4 Projektowanych postanowień umowy, zgodnie z którym wykonawcy przysługuje wynagrodzenie za faktycznie dostarczone karty USIM." I dalej „Manipulacja cenowa, której dopuścił się Polkomtel powoduje, że uzyskuje wynagrodzenie bez konieczności dostawy kart do Zamawiającego. Jednoznacznie więc jest to sprzeczne z treścią SWZ. Tym samym zachowanie Polkomtel uzasadnia także odrzucenie jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp wobec błędu w obliczeniach ceny lub kosztu."

Izba w oparciu o SWZ ustaliła następujące bezsporne okoliczności.

1.Przedmiotem zamówienia w Postępowaniu jest: Wdrożenie i świadczenie usług wirtualnego operatora sieci komórkowej (MVNO) w PGE Systemy SA. w zakresie telemetrii (M2M), a więc zabezpieczenie potrzeb Zamawiającego w postaci świadczenia usług telekomunikacyjnych związanych z funkcjonowaniem przedsiębiorstwa Zamawiającego; Zamawiający oczekuje w ramach zamówienia podstawowego:

1.Karty USIM	Karty na potrzeby realizacji usług dostarczanych w ramach Umowy.	500 000 sztuk
2.Łącza Telekomunikacyjne	Łącza na potrzeby realizacji usługi Pakietowej Transmisji Danych po Prywatnym APN	2
3.Prywatny APN	Bramka sieciowa GSM na potrzebę realizacji usługi Pakietowej Transmisji Danych.	2
4.Wsparcie Techniczne	Wsparcie techniczne dla rozwiązania dostarczanego w ramach Umowy	8lat
5.Warsztaty Techniczne	Zakres i liczba warsztatów	5

Zaś w ramach opcji: 1 Karty USIM (Karty na potrzeby realizacji usług dostarczanych w ramach Umowy) w liczbie do 750 000 sztuk i

6.Dni pracy konsultantów	Dodatkowe Warsztaty Techniczne, dodanie/modyfikacja Usługi Prywatny APN, dodatkowe prace		100 DPK

Przedmiot zamówienia obejmuje w ramach zamówienia podstawowego:

a) Wdrożenie Platformy MVNO na rzecz Zamawiającego opartej o kompleksowe świadczenie Usług, w szczególności: usługi Pakietowej Transmisji Danych dla urządzeń w technologii minimum 2G/LTE zgodnie ze standardami 3GPP dla sieci mobilnych, usługi Łączy Telekomunikacyjnych wraz z niezbędnymi elementami aktywnymi sieci, usługi Prywatnego APN, wdrożenie Portalu Użytkownika umożliwiającego zarządzanie pojedynczą lub grupą subskrypcji sieciowych w Sieci Wykonawcy, przeprowadzenia w trakcie Wdrożenia Warsztatów Technicznych obejmujących ustalanie techniczne i operacyjne oraz przeprowadzenie testów ustalonego procesu migracji subskrypcji sieciowych pomiędzy Siecią Wykonawcy i Siecią Zamawiającego, wdrożenie obsługi Kart USIM z uwzględnieniem profilu fizycznego, elektrycznego, graficznego, IMSI Zamawiającego oraz zestawu kluczy wygenerowanych w oparciu o algorytm szyfrowania dedykowany dla Kart USIM dostarczanych przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego,

b) Dostawę Kart USIM na zasadach określonych w Umowie, zgodnych z profilem fizycznym, elektrycznymi i graficznym oraz ustalonym algorytmem szyfrowania,

c) Realizację usługi migracji subskrypcji sieciowych powiązanych z dostarczonymi Kartami USIM pomiędzy Siecią Wykonawcy a Siecią Zamawiającego bez potrzeby fizycznej wymiany Kart USIM, w ustalonych transzach z możliwością powrotu subskrypcji do Sieci Wykonawcy,

d) Świadczenia usługi Wsparcia Technicznego,

Przedmiot zamówienia w ramach Prawa Opcji obejmuje:

a) Zakup dodatkowych Kart USIM w liczbie maksymalnie 750 000 – z którego Zamawiający będzie mógł skorzystać w okresie od dnia zawarcia Umowy do 100 miesiąca od dnia zawarcia Umowy, na podstawie jednego lub kilku zamówień;

b) Zakup maksymalnie 100 dni pracy konsultantów, które mogą być przeznaczone na: Zamówienia dodatkowych Warsztatów Technicznych – w cenie określonej w ofercie dni pracy konsultantów za jeden Warsztat Techniczny, Zamówienia dodatkowych usług Prywatnego APN – w cenie określonej w ofercie liczby dni pracy konsultantów za jeden Prywatny APN, modyfikacji usług Prywatnego APN zakupionych w ramach podstawowego przedmiotu zamówienia – w cenie określonej w ofercie liczby dni pracy konsultantów za modyfikację jednego Prywatnego APN z którego Zamawiający będzie mógł skorzystać od dnia zawarcia Umowy do 104 miesiąca od dnia zawarcia Umowy, na podstawie jednego lub kilku zamówień.

pozostałych obowiązków określonych w Umowie oraz Umowach Towarzyszących.

Przy czym skorzystanie z Prawa Opcji zależy od decyzji Zamawiającego.

2. Punkt 4.9.1 Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej OPZ) wskazuje, że „Dostarczone przez Wykonawcę rozwiązanie musi zapewnić pojemność jak i wydajność wymagane do prawidłowej, jednoczesnej obsługi przynajmniej 1,25 milionów subskrypcji Zamawiającego korzystających z Usługi Telekomunikacyjnej w ruchomej sieci telekomunikacyjnej.”, a więc dla zapewnienia możliwości świadczenia usług telekomunikacyjnych dla 1,25 mln Kart USIM;
3. Zamawiający oczekuje wdrożenia systemu oraz dostarczenia kart USIM w transzach nie mniejszych ani nie większych od opisane SWZ przez cały okres trwania umowy w ramach zamówienia podstawowego w łącznej liczbie 500 000 kart i w ramach opcji do 750 000 kart USIM; dostarczenie transzy odbyć musi się w terminie przewidzianym umową, co do zasady licząc od dnia zgłoszenia zapotrzebowania przez Zamawiającego;
4. W zakresie kalkulacji ceny Zamawiający wymaga w pkt. 21 SWZ, że: „Cena Oferty musi być podana w polskich złotych. Całość rozliczeń między Zamawiającym, a Wykonawcą będzie prowadzona w złotych polskich. Cena Oferty uwzględnia wszelkiego rodzaju opłaty oraz podatki oraz wszystkie koszty związane z realizacją Zamówienia, transport, ewentualne upusty i rabaty oraz pozostałe składniki cenotwórcze. Podana cena nie ulega zmianie przez okres realizacji (wykonania) Zamówienia, z zastrzeżeniem warunków wynikających z Umowy w sprawie Zamówienia. Wykonawca określi cenę realizacji Przedmiotu Zamówienia poprzez wskazanie ceny netto oraz ceny brutto Zamówienia podstawowego oraz za realizację prawa opcji zgodnie z Formularzem Oferty. Do Oferty należy dołączyć Formularz cenowy, którego wzór stanowi Załącznik nr 4 do SWZ. Do porównania Ofert będą brane pod uwagę ceny całkowita brutto zgodnie ze sposobem oceny ofert określonym w Załączniku nr 5 do SWZ.”.
5. SWZ nie wprowadza ograniczeń w zakresie możliwości alokacji części kosztów rezerwacji całości kart USIM w kosztach wdrożenia – części zamówienia podstawowego, tj pomiędzy pozycjami formularza ofertowego.
6. W zakresie usługi konsultacji w ramach opcji przewidującej do 100 roboczodni SWZ wprowadza definicję, że DPK (Dzień Pracy Konsultanta) to8 godzinny dzień pracy konsultanta; SWZ nie przewiduje zapewnienia obowiązku zapewnienia gotowości konsultanta ani nie określa w jakim wymiarze czasu pracy realizować ma usługi na rzecz Zamawiającego;
7. Zamawiający przewidział dwa kryteria oceny ofert: Czas wdrożenia/ Waga: 10 i Cena brutto za realizację Zamówienia/ Waga: 90; przy czym cena brutto obejmowała sumę: ceny wdrożenia Przedmiotu Umowy, ceny zakupu pół miliona kart USIM, szacowany koszt utrzymania platformy MVNO w okresie 8 lat świadczenie usług transmisji danych wraz

usługą retencji danych i obsługa podmiotów uprawnionych, usługi APN i dwóch łącz transmisji danychw rozbiciu na poniższe progi (z przyjęciem szacowanej przez Zamawiającego liczby kart UDSIM w danym roku realizacji)do 100 000 aktywnych kart USIM z miesięczną opłatą stałą i powyżej 100 000 aktywnych kart USIM z miesięczną opłatą stałą plus opłata za każdą dodatkową aktywną kartę USIM powyżej limitu 100 000 SIM w danym miesiącu plus cena opcji przy założeniu że zostanie zrealizowana w całości na co składa się: cena 750 000 kart USIM i dni pracy konsultanta.

8.W SWZ i formularzu cenowym przewidziano obowiązek wskazania ceny zamówienia brutto zamówienia oraz składających się nań cen cząstkowych: 1. Cena wdrożenia (Kw) 1 sztuka, 2. Cena zakupu kart USIM (Kz) 500 000 sztuk, 3. Miesięczna opłata stała za utrzymanie platformy MVNO - do 100 000 aktywnych kart USIM - w opłacie muszą być uwzględnione koszty świadczenia usług transmisji danych wraz usługą retencji danych i obsługa podmiotów uprawnionych, usługi APN i dwóch łącz transmisji danych) 1 sztuka, 4. Miesięczna opłata za utrzymanie każdej dodatkowej karty USIM powyżej limitu 100 000 aktywnych kart USIM (w opłacie muszą być uwzględnione jednostkowe koszty świadczenia usług transmisji danych wraz usługą retencji danych i obsługa podmiotów uprawnionych) 1 sztuka, 5. Opcja - cena zakupu dodatkowych kart USIM 750 000 sztuk, 6. Opcja - roboczodzień pracy konsultanta 100 sztuk, a także Szacowany koszt utrzymania platformy MVNO w okresie 8 lat, Cenę brutto zamówienia podstawowego, Cenę brutto prawo opcji oraz łącznie Cenę brutto oferty

Izba w oparciu o oferty ustaliła następujące bezsporne okoliczności.

1.W Postępowaniu złożone zostały oferty dwóch wykonawców: Odwołującego i Przystępującego

2.Przystępujący w ofercie zaoferował cenę za realizację zamówienia podstawowego w kwocie 10 310 247,50 zł i cenę za prawo opcji w kwocie 104 550,00 zł tj. maksymalne łączne wynagrodzenie za realizację pełnego zakresu zamówienia: 10 414 797,50 zł a także wdrożenie Platformy MVNO w terminie 9 miesięcy od dnia zawarcia umowy.

3.Odwołujący w ofercie zaoferował cenę za realizację zamówienia podstawowego w kwocie 11 634 838,44 zł i cenę za prawo opcji w kwocie 6 045 450,00 zł, tj. maksymalne łączne wynagrodzenie za realizację pełnego zakresu zamówienia: 17 680 288,44 zł a także wdrożenie Platformy MVNO w terminie 8 miesięcy od dnia zawarcia umowy.

4.W formularzu cenowym Przystępujący wskazał cenę wdrożenia na kwotę 6 882 500 zł, cena zakupu kart w ramach zamówienia podstawowego 0,10 zł, Miesięczną opłata za utrzymanie każdej dodatkowej karty USIM powyżej 0,08 zł, miesięczna opłata stała za utrzymanie platformy 8 000 zł oraz w ramach opcji cenę zakupu kart w ramach opcji 0,10 zł i cenę roboczodnia pracy konsultanta 100 zł, Przystępujący przewidział Szacowany koszt utrzymania platformy MVNO w okresie 8 lat 1 783 272,50 zł

5.W formularzu cenowym Odwołujący wskazał cenę wdrożenia na kwotę 4 350 000,00 zł, cena zakupu kart w ramach zamówienia podstawowego 6,01 zł, Miesięczną opłata za utrzymanie każdej dodatkowej karty USIM powyżej 0,23 zł, miesięczna opłata stała za utrzymanie platformy 1 500 zł oraz w ramach opcji cenę zakupu kart w ramach opcji 6,50 zł i cenę roboczodnia pracy konsultanta 400 zł, Odwołujący przewidział Szacowany koszt utrzymania platformy MVNO w okresie 8 lat 2 588 188,44 zł

Dalej w oparciu o dokumenty postępowania Izba ustaliła bezsporne okoliczności, że:

1.Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie: zamówienie podstawowe: 17 121 880,00 zł netto tj. 21 059 912,40 zł brutto i Zamówienie w ramach prawa opcji: 2 282 500,00 zł netto tj. 2 807 475,00 zł brutto tj Kwota łączna: 19 404 380,00 zł netto tj. 23 867 387,40 zł brutto

2.Cena ofertowa Przystępującego jest o 56,36% niższa od kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (23 867 387,40 zł brutto)

3.Zamawiający pismem z 3 października 2023 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 224 ust. 1 Ustawy w celu ustalenia, czy zaoferowana cena ofertowa, lub jej istotne części składowe, nie są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, oraz czy oferta Wykonawcy zapewnia możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu oferty Wykonawcy lub ich istotnych części składowych. Jako uzasadnienie wskazał na 56/36 % różnice pomiędzy ceną ofertową a kwotą jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz wątpliwości co do konkretnych pozycji cenowych, które składają się na cenę całkowitą oferty Wykonawcy wskazując w pkt 3 wezwania, że „wyjaśnienia i dowody Wykonawcy powinny odnosić się szczegółowo do następujących pozycji w Arkuszu cenowym Wykonawcy (Załącznik nr 4 do SWZ):

Pozycja 2 - cena zakupu kart USIM (w zakresie zamówienia podstawowego),

Pozycja 5 - cena zakupu dodatkowych kart USIM (w zakresie zamówienia opcjonalnego),

Pozycja 6 - roboczodzień pracy konsultanta (w zakresie zamówienia opcjonalnego),

w tym poprzez wykazanie, że ceny zaoferowane w tych pozycjach są cenami realnymi, rynkowymi, wiarygodnymi i adekwatnymi do zakresu kosztów i prac, a w przypadku pozycji w pkt 3) również, że zaoferowana cena jest zgodna z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie.” Zamawiający wskazał przykładowe okoliczności, których mogą

dotyczyć wyjaśnienia.

4.Przystępujący udzielił wyjaśnień w terminie załączając doń dowody oraz zastrzegając we części ich tajemnicę. Przystępujący wskazał, że „Zaoferowana przez nas cena ma charakter rynkowy, uwzględnia specyfikę rynku telefonii komórkowej. „ wskazywał na specyfikę rynku telefonii komórkowej wskazując na istnienie i oferowanie w obrocie cen jednostkowych 1 zł czy 1 grosz. Np. za realizację usługi utrzymania łączy i transmisji danych. Wskazywał na znikomość udziału i znaczenia pozycji kwestionowanych cen dla łącznej oferty, przytaczał niskie stawki oferowane i wiążące na analogiczne usługi z innych postępowań, wskazywał na okoliczności charakterystyczne dla niego w postaci istnienia infrastruktury i braku potrzeby uwzględniania kosztów jej zapewnienia. W części objętej tajemnicą opisywał czynniki wpływające na koszty realizacji zamówienia i jego wycenę. Odniósł się do pozycji kosztorysu ofertowego wyszczególnionych w wezwaniu.

5.W związku z otrzymanymi wyjaśnieniami z dowodami Zamawiający uznał, że nie ma do czynienia z rażąco niska cena ani jej istotną częścią składową, ocenił oferty i wybrał ofertę Polkomtel jako najkorzystniejszą.

Izba stwierdza tutaj, że treść wezwania nie wskazywała na obowiązek wskazania w wyjaśnieniach kosztu nabycia karty USIM, nie nakładał takiego obowiązku na wykonawcę również żaden zapis SWZ lub Ustawy. Wyjaśnienia odnosiły się do pełnego zakresu zagadnień wskazanych w wezwaniu i nie budziły wątpliwości Zamawiającego co do realności i prawidłowości określenia ceny ofertowej w kontekście przedmiotu zamówienia.

Izba ustaliła również dając wiarę wyjaśnieniom Przystępującego, znajdującym oparcie w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, że:

1.część procesów – usług objętych zamówieniem – realizowana jest automatycznie, dany konsultant wykonuje danego rodzaju czynności w ramach określonego procesu dla kilku klientów w ramach tego samego dnia pracy oraz, że często dana usługa realizowana w ramach danego kontraktu wykonywana jest w części automatycznie i w częściach przez różnych konsultantów, które to okoliczności brał pod uwagę Przystępujący wyceniając dzień pracy konsultanta na potrzeby Postępowania.

2.uzasadnionym w świetle okoliczności faktycznych i relewantnego rynku jest uprzednie zapewnienie dostępności kart USIM w pełnym wolumenie na potrzeby Zamówienia na cały czas trwania kontraktu celem zniwelowania opisanych przez Przystępującego ryzyk.

Izba stwierdza, co następuje

Zgodnie z art. 16 w zw. z art. 17 ust. 2 w zw. z art. 239 ust. 1 oraz art. 226 ust. 1 pkt. 5 Ustawy: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; przejrzysty; proporcjonalny. Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Dalej Izba stwierdza, że niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób nieodpowiadający wymaganiom zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji oraz innych warunków zamówienia, co nie zostało wykazane w postępowaniu odwoławczym.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Izba wskazuje, że zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie nie budzi wątpliwości, że dyspozycja przepisu art. 224 ust. 1 Pzp kierowana jest do zamawiającego, zatem żądanie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny aktualizuje się w przypadku, gdy cena oferty lub istotne ceny jednostkowe wydają się rażąco niskie i to zamawiający poweźmie wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi wymaganiami lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Zaś choć pojęcie „rażąco niskiej ceny” nie ma definicji legalnej to jednak jego rozumienie zostało dobrze ugruntowane w orzecznictwie sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej. Zgodnie z poglądami wyrażanymi przez organy orzekające cena rażąco niska jest ceną nierealną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, prowadzącą do wykonania zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów. Rażąco zaniżona cena oferty to cena generalnie niewystępująca na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. przez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz uczciwe konkurowanie podmiotów gospodarczych (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach w sprawie sygn. akt XIX Ga 3/07, wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie w sprawie sygn. akt XII Ga 88/09, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1 marca 2022 r. w sprawie sygn. akt XXIII Zs 155/21). W przedmiotowej sprawie Wykonawca nie wykazał, że istniała podstawa powzięcia wątpliwości uzasadniających żądanie ich wyjaśnienia ani, że kwestionowana cena kosztorysu ofertowego ma charakter istotnej z punktu widzenia przedmiotu zamówienia i wydaje się nierealistyczna i nieadekwatna do przedmiotu zamówienia. Odwołanie w ogóle nie odnosiło się do kwestii niemożności realizacji zamówienia za cenę ofertową i nie wykazało tej okoliczności analogicznie w odniesieniu do

istotnych elementów tej ceny.

Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp wymaga uznania, że mamy do czynienia z ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, co nie zostało wykazane ani nie było kwestionowane.

Izba stwierdza, że przepis art. 226 ust. 6 Pzp dopuszczający możliwość odrzucenia oferty wykonawcy z powodu rażąco niskiej ceny może mieć zastosowanie jedynie w sytuacji, gdy wykonawca nie udzielił wyjaśnień w ogóle, a także jeżeli zamawiający na podstawie udzielonych wyjaśnień i dowodów uzna, że cena jest rażąco niska. W niniejszej sprawie Zamawiający uznał wyjaśnienia za wystarczające a jednocześnie Izba nie znalazła podstaw do przyjęcia za prawidłowe założeń Odwołującego o obowiązku warunkującego ocenę prawidłowości wyjaśnień, wskazania przez Przystępującego w tych wyjaśnieniach kosztów nabycia kart USIM z dowodem ich wysokości ani skalkulowania dnia pracy konsultanta z założeniem poświęcania 8 godzin pracy na realizację kontraktu ani tym bardziej obciążania kosztem całych 8 godzin pracy konsultanta Zamawiającego skoro Przystępujący planuje, że w większości przypadków konsultanci w czasie dnia pracy wykonują w ramach danego rodzaju zadań usługi na rzecz różnych klientów i Odwołujący obciąża Zamawiającego tylko częścią kosztów zatrudnienia danego konsultanta adekwatną do zaangażowania w wykonanie zamówienia.

Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 7, 10 Pzp wymaga ustalenia że oferta złożona została w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji lub zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu czego nie wykazano. W szczególności Izba nie znalazła podstaw do przyjęcia za nieuprawnione działanie w świetle SWZ i przepisów prawa alokację części kosztów rezerwacji kart USIM na początek zamówienia, skoro rezerwacja liczby kart objętych całym zamówieniem jest wymagana dla zapewnienia wykonania całości zamówienia już na początku z przyczyn zewnętrznych (dostawca) i minimalizacji ryzyk a dodatkowo koszt realizacji zamówienia podstawowego i opcji jest konkurencyjny w stosunku do innych ofert. Sposób przygotowania realizacji zamówienia i w konsekwencji związanej z nim kalkulacji ceny nie jest sprzeczny – nie wykazało tego odwołanie – z SWZ ani Ustawą. Odwołanie nie wykazało także pozostałych przesłanek warunkujących uznanie zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji, w tym w szczególności, by celem alokacji części kosztów była eliminacja lub utrudnienie dostępu innym wykonawcom do rynku, ani wpływu alokacji na ograniczenie konkurencji a więc wynik Postępowania (zastosowanie kryteriów oceny ofert). W ocenie Izby działania Polkomtel polegające na alokacji części kosztów rezerwacji kart były uwarunkowane rynkowo - dostępnością kart, przedmiotem zamówienia i sposobem jego realizacji. Odwołanie nie wykazało, jaki wpływ alokacja miała na rozstrzygnięcie Postępowania. Wobec braku podstaw do uznania, że Przystępujący dopuścił się sprzecznej z SWZ alokacji kosztów nie było podstaw do przyjęcia , że doszło do jakiegokolwiek błędu w obliczeniu ceny.

Naruszenie art. 224 ust. 3 pkt. 4 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp wymaga ustalenia, że oferta jest niezgodna z przepisami ustawy tutaj przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie, czego nie wykazano. Izba stwierdziła w tym zakresie, że Przystępujący uprawniony był do skalkulowania stawki za roboczodzień z uwzględnieniem przewidywanego – i nie zakwestionowanego skutecznie odwołaniem – zaangażowania konsultanta w realizację procedur na rzecz Zamawiającego. Żaden przepis ani postanowienie SWZ nie nakładało na wykonawców obowiązku kalkulacji roboczodnia poprzez bezpośrednie odniesienie się do wynagrodzenia konsultanta za pełne 8 godzin pracy, a treść oferty i wyjaśnień Polkomtel nie wskazują na wolę naruszenia przepisów w tym zakresie – zatrudniania za wynagrodzenie niższe od minimalnego. Także Odwołujący nie kwestionował ani wykazał by było inaczej, odnosząc się wyłącznie do samej treści wyjaśnień i ich zakresu. Skoro cena za roboczodzień wyliczona została przez Przystępującego w oparciu o założony czas zaangażowania personelu w realizację przedmiotu zamówienia na rzecz Zamawiającego, który jest niższy niż wymiar czasu pracy danego pracownika to brak podstaw do przyjęcia, ze naruszone zostały przepisy dotyczące ustalenia minimalnego wynagrodzenia czego jedyną przesłanką jest proste przeliczenie ceny ofertowej za roboczodzień i 8 godzin pracy.

Izba zaznacza też dodatkowo, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie służą, co do zasady, określaniu przedmiotu i zakresu oferty i nie mogą danych tych zmieniać. W pewnych sytuacjach treść wyjaśnień może ujawniać rzeczywistą wolę wykonawcy i doprecyzowywać oferowany produkt a nawet świadczyć o niezgodności oferty z warunkami zamówienia. W przedmiotowej sprawie treść wyjaśnień – kalkulacja kosztów w zestawieniu z będącą podstawą do jej sporządzenia ofertą - nie wskazują jednoznacznie na wolę zaoferowania produktu/ usługi niezgodnej z SWZ, a kwestionowane elementy oferty są nieistotne wobec ich nikłej wartości w stosunku do ceny ofertowej, co wyklucza odrzucenie oferty w oparciu o normę art. 226 ust. 1 pkt 5) i 8) Pzp.

Powyższe wyklucza postawienie Zamawiającemu skutecznie zarzutu zaniechania odrzucenie oferty w oparciu o, którakolwiek ze wskazanych odwołaniem podstaw.

W świetle art. 555 ust. 1 w zw. z art. 516 ust. 1 pkt. 8-10 Ustawy „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu", zaś „Odwołanie zawiera: (…) 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności". W niniejszej sprawie, odwołanie nie zawierało uzasadnienia

faktycznego, które pozwoliłoby na zrekonstruowanie sprzecznego z Ustawą zachowania Zamawiającego czy zdarzenia, wypełniającego przepisy prawa, których naruszenie zarzucił Odwołujący. Zgodnie z art. 554 ust. 1 Ustawy „Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców", co nie zostało wykazane odwołaniem. Jednocześnie poczynione w sprawie ustalenia przeczą założeniom opisanym w odwołaniu.

Mając na uwadze powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553, art. 554 ust. 1 pkt. 1) Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 575 i art. 574 z uwzględnieniem art. 523 ust. 3 Ustawy oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 3 w zw. z § 5 Rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący.....